

# ABORTO NO PUNIBLE <sup>1</sup>

## NON-PUNISHABLE ABORTION

Por *María Inés Despontin* (\*)

**Resumen:** el presente artículo intenta poner de manifiesto las vulneraciones a los principios constitucionales del tratamiento actual del tema del aborto no punible en el marco legislativo y jurisprudencial actual y en el de una eventual modificación legislativa.

**Palabras Claves:** Aborto no punible

**Abstract:** The present article attempts to highlight the violations of the constitutional principles of the current treatment of the issue of non punishable abortion in the current legislative and jurisprudential framework and in the eventual legislative amendment.

**Keywords:** non punishable abortion



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.  
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020\(3\)02](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2020(3)02)

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 15 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 7 de septiembre de 2020.

(\*) Abogada. Magister en Argumentación Jurídica (UNC). Profesora titular de Derecho Penal parte general. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Católica de Córdoba. E-mail: [midespontin@hotmail.com](mailto:midespontin@hotmail.com)

## **Introducción**

Abordar el tratamiento del tema del aborto no punible en la actualidad nos obliga a dividir su consideración en dos partes: A) La primera parte, contemplando la situación a partir del fallo F.AL s/medida autosatisfactiva, sin que hubiera existido una modificación en la legislación penal; en virtud de la cual se establece como doctrina judicial que nuestra ley, incorporó entre otras, como causa de justificación el aborto del fruto de una violación ( aborto sentimental) cualquiera sea la capacidad mental de la mujer violada; y B) Como segunda parte, contemplando la posibilidad de una modificación en la legislación penal que despenalice cualquier aborto o lo justifique en otros casos y circunstancias a las actualmente establecidas en el art. 86 del Código Penal.

### **A) El aborto en el Código Penal actual**

Desde 1921 en que se sanciona el Código Penal actual y hasta el 2012, la mayor parte de la doctrina nacional más representativa y la jurisprudencia entendieron que las excepciones a la punibilidad del aborto contempladas en el Código eran el aborto terapéutico, esto es, cuando esté en peligro la salud de la madre: y el aborto eugenésico, pero éste sólo para los casos de violación de una mujer idiota o demente, con en el consentimiento de su representante legal. Y que estas causales de excepción a la punibilidad del aborto, constituían causas de justificación que al eliminar la antijuridicidad del hecho lo tornándolo lícito, beneficiaban a todos los partícipes en el hecho. Tras el fallo F.A.L del 13 de mayo del 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó asentado vía interpretación de la ley penal, que el inc 2º del art 86 del CP establece como aborto justificado aquel que se practique por un médico diplomado, cuando el *naciturus* fuera el fruto de una violación, practicado sobre cualquier mujer, sea ésta capaz o incapaz; o cuando fuere el fruto de un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente. Esto es, la Corte Suprema zanjó en este fallo la discusión doctrinaria y jurisprudencial que, con el cambio de valoraciones sociales respecto al tema del aborto, había comenzado hace

unos años a desarrollarse en los ámbitos académicos y judiciales. Discusión ésta respecto a que si sólo estaba justificado el aborto del por nacer cuando era fruto de una violación de una mujer idiota o demente; o de si se ampliaba a todo aborto del fruto originado por una violación a cualquier mujer, independientemente de su capacidad mental. Lo que hace la Corte aquí en definitiva, *es darle una interpretación extensiva a una causa de justificación*, desde que por su redacción, el referido inc 2 no incorpora la coma, que hubiera permitido indicar al lector que el requerimiento de la idiocia o demencia de la mujer, era sólo requerida para el atentado al pudor y no para el caso de la violación. La ausencia de este símbolo “,” indica en cambio que, tal requerimiento (mujer idiota o demente) abarca a ambos supuestos, el de violación y el de atentado al pudor. Esto nos lleva a formularnos el primer interrogante respecto de si *es factible interpretar de manera extensiva lo que por naturaleza jurídica es excepcional*. Si recordamos la naturaleza jurídica de las causas de justificación ya sea que se consideren como permisos o autorizaciones para la realización de hechos típicos; o ya como elementos negativos del tipo, según la corriente dogmática de la que se parta; nadie discute su carácter excepcional atento a que habilitan a sacrificar bienes reconocidos jurídicamente como valiosos y protegidos como tales por el derecho. Interpretación judicial extensiva que habilita a hacer, sin consecuencias jurídicas, en determinadas y puntuales circunstancias que deben estar descriptas taxativamente en la ley, lo que por regla jurídica está prohibido hacer por ella en general, esto es, abortar.

De ello se deriva el segundo interrogante: *¿Es la Corte Suprema de Justicia de la Nación el órgano estatal facultado para ampliar las causas de justificación, vía interpretación de la ley, en un sistema republicano y democrático de derecho?* Lo cierto es que nadie discute dentro del marco constitucional argentino que es el Poder Legislativo el único órgano del Estado habilitado para tipificar tanto las conductas mandadas o prohibidas, como las excepciones frente a un eventual conflicto entre bienes que son considerados jurídicamente como dignos de protección. Así frente a la disyuntiva entre el derecho de la mujer a disponer del feto (ya sea que se lo tome como parte de su propio cuerpo como pretenden

algunos; ya como un ser distinto aunque dependiente provisoriamente) por un lado ; frente al derecho de una criatura humana a nacer o existir por el otro ; que son los dos bienes jurídicos en conflicto en la cuestión que nos ocupa, es el órgano representativo de la voz del pueblo , por ser éste el que lo elige, el único legitimado para resolver en qué casos y cuál es el bien jurídicamente preponderante que prevalecerá frente al bien que se sacrificará sin consecuencia penal. Así está constitucionalmente decidido cuando en el art 75 inc 22 de la C.N. se establece que es competencia del Poder Legislativo Nacional el dictado de los Códigos; siendo esta facultad indelegable en materia penal, prohibiendo a su vez y en consecuencia, tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial atribuirse el dictado de normas de carácter penal, especialmente llegando a vedar incluso la iniciativa popular en materia penal. Cabe acotar que la mayoría de la doctrina niega constitucionalidad a los fallos plenarios en materia penal cualquiera sea su contenido, los que son considerados violatorios del principio de legalidad. Nada de esto parece haber sido tenido en cuenta por la Corte en el fallo FAL.

Así sin más, tras el fallo de la Corte, quedó ampliada la justificación del aborto no punible vía interpretación extensiva, aunque pretendiendo en los argumentos del citado fallo, con cierto cinismo, que siguiera siendo ésta una excepción a la regla que determina que el aborto es punible. Sin embargo, la simplificación del trámite para dar por acreditados los términos de la justificación ( la sola declaración jurada en la que la embarazada manifieste haber sido violada sin requerir denuncia del hecho), sumada a la instrucción de dictar protocolos que garanticen la realización del aborto con prontitud y seguridad, sin impedimentos de ninguna naturaleza, *puede traducirse en los hechos, y en esto queda reflejado el cinismo aludido, en que la pretendida excepción se transforme en la regla.* Consecuencia ésta fácil de colegir para los miembros de la Corte y para cualquiera, cuando se analiza el contexto actual de los reclamos y marchas cada vez más enérgicos de algunos sectores de la población, que no por ruidosos pueden ser considerados mayoritarios, en favor de la despenalización del aborto. De esta manera indirectamente la Corte ha creado una norma penal permitiendo lo que antes

estaba prohibido por el Código Penal, al menos para una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia. Recordemos que por la división de poderes establecido en la C.N. la facultad legislativa penal es indelegable en aras de concretar y materializar el más amplio e irrestricto respeto a la garantía de la ley previa, art 18 C.N., que demanda que ésta sea escrita, previa, estricta, emanada de los órganos constitucionalmente competentes y conforme a los procedimientos establecidos para ello por la Constitución.

Podría alguno objetarnos ahora que ésta garantía no se ve afectada porque beneficia y no perjudica a las partes involucradas, desde que deja impune lo que antes era considerado punible. Pero esto no es tan así, porque como corolario de ese fallo de la Corte, se ha ampliado la esfera de absorción de la figura de incumplimiento de los deberes de funcionario público por un lado y por el otro se ha creado una obligación general bajo amenaza de una eventual pena, para todos los médicos que no estén de acuerdo con el aborto según el fallo- ésta es la de manifestar públicamente lo que es propio del ámbito privado de los facultativos. Quedando así entrapando de alguna manera los médicos que no acuerdan con esta práctica, los que para evitar caer en la esfera de lo ahora punible por decisión de la Corte, enfrentan el dilema de actuar contra sus propios principios y creencias practicando un aborto cuando se lo soliciten en los términos referenciados; o hacer una declaración pública de sus ideas y valores que fácilmente podría acarrearles un trato discriminatorio en sus ámbitos laborales. Manifestación ésta que como obligación resulta groseramente inconstitucional a tenor del ámbito de libertad y privacidad garantizados por el art 19 de la CN. que las declaró exentas de la autoridad de los magistrados. Prueba de lo advertido en estos párrafos, es la condena al médico rionegrino Rodríguez Lastra. (Tema sobre el que volveremos infra).

Queda claro entonces que la Corte en el fallo bajo análisis, no sólo amplía la excepción justificadora para la realización del hecho típico (abortar); sino que yendo aún más lejos, pretende imponer bajo amenaza de pena la obligación de

realizar el hecho típico; lo que lleva a cabo mediante la exhortación al dictado de los protocolos que, para garantizar la ejecución del hecho típico (practicar abortos)-aunque dejando a salvo el derecho a plantear la objeción de conciencia-, incluyan la obligación de plantearla de antemano y en términos generales. Ello porque no escapa a la Corte que para una imputación penal de incumplimiento de un deber, este debe estar expresamente establecido en una ley, reglamento o “protocolo” conforme lo exige la doctrina y la jurisprudencia pacífica y unívocamente. De allí la exhortación aludida al dictado de aquellos protocolos.

Pero lo que si escapó a la Corte, es que *la imposición de una obligación de manifestar una creencia, pensamiento o valoración genérica es una acción privada* solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados; ya sea que esa obligación de manifestar en términos generales su postura frente al aborto esté establecida en una ley, reglamento o protocolo; esta obligación es inconstitucional y *mal puede ser su omisión la base fáctica para fundar legítimamente una condena penal*. Y esto sí afecta garantías individuales constitucionalmente establecidas frente al poder punitivo de Estado. Esta es la otra cara de la moneda del fallo FAL. Cabe advertir y recordar a estas alturas, que en materia de aborto ha existido un reciente debate en el ámbito constitucionalmente erigido para ello por tener la representación de la voluntad social democráticamente concedida y *por no arribar a acuerdo alguno NO SE MODIFICO LA LEY* que rige en materia de aborto, esto es, el Código Penal. Mal puede afirmarse ligeramente que se trata de una cuestión aceptada pacíficamente por la mayoría, en la que todos los sectores estén de acuerdo y que por ello amerita se efectúe una interpretación *progresiva del art 86 del Código Penal*. Todo lo contrario, se trata de una cuestión muy controversial que mal puede ser resuelta por la Corte vía interpretativa.

Para muestra de las repercusiones que ha tenido este controversial fallo de la Corte, es ilustrativo analizar lo que ocurre en la Provincia de Río Negro en donde el ginecólogo Rodríguez Lastra fue condenado por el juez Meynet que lo declaró

responsable de incumplir sus deberes de funcionario público, en base a la ley provincial 4796 que rige para los casos de abortos no punibles contemplados en los inc 1 y 2 del art 86 de C.P. y que fuera dictada con la finalidad de garantizar la salud integral de las mujeres, entendida como el completo bienestar físico, psíquico y social. La que específicamente establece en su art 7, que cuando el embarazo es fruto de una violación, se PRESUME la existencia de peligro para la salud integral de la mujer. En base a esta ley provincial y bajo el amparo de la Corte, en el fallo FAL fundamenta el juez su fallo, en que a la fecha del caso no tenía el médico acusado una postura pública contraria a la práctica del aborto, al menos en los casos atendidos en la ley; y que por las pruebas de la causa hay un claro indicio de mentira por parte del médico respecto a haberle informado a la paciente su postura frente al aborto.

Advirtiendo el sentenciante que el acusado mantuvo en todo momento una actitud negadora de la práctica que se le demandaba, a la cual estaba obligado por ley, intencionalidades que oculto detrás de excusas de diversa índole; las cuales además no las informó como era su obligación, respetando el derecho de la paciente (en lo que radicaría el dolo requerido por el tipo del incumplimiento de los deberes de funcionario público). Esto es, omitir cumplir la ley de manera intencional, dice el magistrado. Afirma asimismo el juez que el autor tenía conocimiento de la ilegalidad del accionar y concluye el juez afirmando tan cínica como sorprendentemente, que la sentencia que se dicte no decide sobre la vida del feto sino sobre la salud de la madre; como si el feto pudiera sobrevivir tras el aborto fuera del vientre materno. Nos preguntamos ahora *si el conocimiento a “la ilegalidad de su accionar” que endilga el sentenciante al condenado se refiere al conocimiento del fallo FAL* puesto que hasta este, la norma penal admite entender, al menos para destacada doctrina penal, que si la paciente no era idiota ni demente, - y en este caso no lo era-, el aborto no está permitido. A los fines de entender cómo es que se ha llegado a condenar a un médico por no realizar lo que ESTA PROHIBIDO HACER (al menos insisto para una gran parte de la doctrina y jurisprudencia que interpretan restrictivamente el alcance del inc 2 del art 86 C P.

por ser ésta una causa de justificación) es necesario tensionar y forzar tanto la letra de ley como la de la propia Constitución Nacional. Y esto no sólo por cómo se interpreta la ley, sino también por quién lo hace.

Reparece que tal tensión y distorsión a su vez, fue llevada a cabo para generar una condena penal, esto es, para ampliar y no para restringir la esfera de lo punible. Es por ello que mal se puede entender que no se vulneran garantías constitucionales individuales frente al poder punitivo del Estado. Así las cosas, bien podría catalogarse el caso de la condena al Dr. Rodríguez Lastra como un ejemplo en el que queda reflejado el origen espureo de una condena penal. No sólo porque la Corte no puede ir más allá de los límites que le impone el tenor literal de los textos normativos en su función de interpretación progresiva de la ley penal, sino además porque las legislaturas provinciales tampoco pueden crear figuras penales por ser esta una facultad delegadas al Congreso Nacional en virtud del art 75 inc 22 C.N.; y con mayor razón tampoco pueden hacerlo el Poder Ejecutivo vía reglamento ministerial para aquellas provincias que como Córdoba no cuentan con una ley que establece un protocolo sanitario, sino solamente han dictado una resolución del Ministerio de salud que lo impone.

Sincerando ahora el verdadero sentido práctico alcanzado por el Fallo FAL de la Corte, podemos afirmar que considerada la justificación como permiso para la realización de hechos típicos, la Corte amplió el inc 2 derogando la exigencia, para el caso de violación, que esta recayere sobre una mujer idiota o demente. Imaginamos claramente que no es por creer que toda mujer padece de idiocia o demencia, sino que tal derogación se fundó en el pretendido derecho que a todas las mujeres les asiste de elegir y decidir continuar o no el embarazo producto de una violación. Esto es ampliando el aborto impune fundado en razones eugenésicas que lo admitía sólo en caso de mujeres idiotas o dementes, al aborto sentimental; pero ahora trocando el fundamento de aquel en razones diferentes que nada tienen que ver con el fundamento eugenésico originario.



El fundamento ahora tiene que ver con el derecho de elegir o decidir sobre un embarazo de cualquier mujer capaz, al que se le otorga preeminencia sobre el derecho de nacer y existir del gestado. Por esta razón entendemos que más que ampliar la justificación, lo que ha hecho la Corte es cambiar lisa y llanamente la justificación misma, otorgando prevalencia a un interés (el de elegir de la mujer violada) que por el C Penal no se contempla, vía derogación de una parte del texto del inc 2. No es el derecho penal establecido por el legislador el que crea esta nueva justificación sino la Corte bajo la piel del derecho. De allí que, y yendo aún más lejos, conociendo sus miembros que *toda justificación debe estar legitimada en su fuente*, más aún cuando demanda el cumplimiento de una obligación de actuar, en este caso a los médicos, es que exhorta la Corte en su fallo a las instituciones públicas nacionales y provinciales, al dictado de protocolos que obliguen a la realización de la práctica abortiva toda vez que sea demandada sin dilación alguna. A tal efecto, los referidos protocolos dejan sin amparo a los médicos que no se avenguen a cumplir con estos nuevos y controvertidos valores ético sociales impuestos por la Corte, hasta el límite de la objeción de conciencia que caería dentro del ámbito de privacidad garantizado por el art 19 de la Nacional, ahora vulnerado por una obligación conminada bajo amenaza penal (porque si la omite puede quedar encuadrado en un incumplimiento de los deberes de funcionario público) de manifestar públicamente su postura frente al aborto. Lo curioso y contradictorio insistimos es que, a los fines de salvaguardar los derechos emanados de la objeción de conciencia, en los diferentes protocolos se exige una manifestación general escrita y ex ante de dicha objeción. Esto es, imponiendo una obligación de hacer público lo que es privado, para que no se impida hacer (abortar) lo que está prohibido hacer (abortar el fruto de una violación de una mujer capaz) -art 86 inc 2 a contrario sensu.

Siguiendo la línea de razonamiento de la Corte más provincias acataron el fallo y dictaron los referidos protocolos, vía legislaturas provinciales algunas como Río Negro; y otras, vía resolución ministerial como Córdoba Así se llegó a crear esta nueva figura penal específica para los médicos consistente en definitiva, en no

hacer pública su postura frente al aborto al momento del dictado del protocolo o de su ingreso a trabajar en establecimiento asistencial y negarse a realizarlo. Omisión que le costó al Dr. Rodríguez Lastra la condena penal ya mencionada. De esta manera *quedo impuesto por la Corte el deber de realizar los abortos solicitados a todas las mujeres sin ninguna restricción, obstáculo o impedimento, bajo amenaza penal. Nada vulnera más el principio de legalidad y de reserva penal que la incertidumbre respecto al contenido de lo que está prohibido, mandado o permitido hacer; y que sobre esta incertidumbre se funden condenas penales.*

Nada de plausible tiene el fallo que genera la incertidumbre que servirá de base para aumentar la conflictividad social en temas tan caros al sentimiento de vastos sectores de la comunidad.

Cabe mencionar también, respecto a la generación de mayor incertidumbre, el problema que el sistema de control difuso de constitucionalidad puede acarrear ya que, cada juez puede tener su propia interpretación frente a los conflictos que se planteen, aun cuando la Corte Suprema tenga a la postre la última palabra.

Concluimos entonces en que la Corte no sólo ha creado una justificación diferente a la establecida en el Código Penal, sino que además y bajo amenaza de pena ha impuesto la obligación de realizar el aborto siempre que sea solicitado por la mujer, con una mera manifestación de que ha sido víctima de una violación, *por lo que ya no se trata de permitir reduciendo el ámbito de lo punible; sino de imponer un mandato bajo amenaza de pena, esto es, ampliando inconstitucionalmente el ámbito de lo punible.*

Desde otra perspectiva, y por si lo expuesto anteriormente no fuere lo suficientemente convincente, podemos agregar que al otorgar el derecho al aborto, negándole así al *naciturus* el derecho a seguir existiendo, cuando éste es el fruto de una violación, trasladamos la pena que debería padecer el supuesto violador al por nacer. Ello vulnera groseramente el principio de personalidad de pena también de raigambre constitucional, con el agravante que si por la muestra de ADN que se obtiene del abortado se pudiera identificar al violador, a éste no se lo podría

castigar por ser la violación un delito de acción privada y no exigirse la denuncia penal de la víctima para acceder al aborto. Esto nos parece verdaderamente una tremenda injusticia que deja en el más absoluto desamparo jurídico al por nacer a quien no sólo se le niega el derecho a existir, sino que además se le niega el derecho a la verdad del origen de esa negación y al castigo de la causa de la misma.

## **B) En otra hipótesis**

Frente a un cambio en la legislación penal que despenalice el aborto o amplíe su justificación: en nada variarían la objeciones planteadas respecto a la obligación genérica impuesta a los objetores de conciencia de realizar una manifestación pública y general de sus creencias, al momento del dictado de los protocolos o de ingresar a trabajar en un establecimiento público, por cuanto ésta manifestación o su omisión, constituyen acciones privadas respecto de las cuales nada puede ordenar el derecho al amparo del art 19 CN; y mucho menos constituir el núcleo fáctico integrante de un tipo penal. Resulta ilustrativo citar a Jorge De La Rúa y Aida Tarditti quienes en Derecho Penal parte gral, tomo 1, pag239-240, caracterizando a la acción como primer elemento de la noción de delito, y fijando su posición expresan las condiciones negativas de la acción, excluyendo de ella todo aquello que integra el ámbito de libertad civil para hacer o no hacer de cada persona, lo que afirman “rinde también para *excluír como omisiones las inactividades que configuran modos de ejercicio de ese ámbito libre, como no expresar la ideología política o religiosa (libertad de pensamiento y su expresión), no bañarse (ámbito de intimidad), no cantar junto con los asistentes a un recital (ámbito personalísimo de libertad).*” Como corolario, tal exigencia - la de hacer una manifestación general y pública de la postura personal frente al aborto- es inconstitucional por ser ésta una acción privada conforme al art.19C.N. Y desde otro ángulo, si no obstante lo advertido fuera aún exigida, constituiría su omisión, un tipo de peligro abstracto siendo también por ello inconstitucional, por vulnerar ahora el principio de lesividad consagrado en el mismo art citado. Este principio exige una ofensa actual e inminente al bien jurídico protegido, extremos éstos que

no se dan si alguien sin estar frente al caso concreto no revela su convicción personal frente al aborto o frente a cualquier otro tema en términos generales a la hora de ingresar a trabajar de médico en una institución.

El tratamiento jurídico del aborto no admite medias tintas, porque frente al conflicto de dos intereses que están en juego, las razones que justifiquen el sacrificio de uno de ellos, máxime cuando se trata nada más y nada menos que de sacrificar el derecho a la existencia, deben estar clara, precisa y constitucionalmente bien fundadas y por el órgano político constitucionalmente facultado para ejercer la opción del bien preponderante.